

AS1550 - CONCESSIONI E CRITICITÀ CONCORRENZIALI

Roma, 20 dicembre 2018

Presidente del Senato della Repubblica
Presidente della Camera dei Deputati
Presidente del Consiglio dei Ministri
Ministro dello Sviluppo Economico
Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti

I. Premessa

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 12 dicembre 2018, ha inteso svolgere alcune considerazioni, ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, sullo stato attuale delle concessioni amministrative in Italia e sulle principali criticità concorrenziali riscontrate in alcuni mercati a seguito dell'utilizzo a volte distorto dello strumento concessorio.

L'Autorità ha già avuto modo di segnalare in passato come le concessioni, ampiamente utilizzate nel nostro ordinamento, possano causare gravi distorsioni della concorrenza, non sempre giustificate da esigenze di interesse generale¹.

Nonostante l'importante evoluzione del quadro normativo eurounitario e nazionale frattanto intervenuta, che ha portato all'adozione di una più organica disciplina in materia di appalti e concessioni², permangono ancora oggi diverse criticità concorrenziali legate sia all'effettivo ricorso a procedure ad evidenza pubblica da parte delle amministrazioni concedenti, sia al perimetro e alla durata delle concessioni, non del tutto rispondenti alle esigenze del mercato.

II. Principi generali in materia di concessioni

Con lo strumento concessorio l'amministrazione si rivolge alla collaborazione del privato per far fronte alla necessità di realizzare e gestire opere pubbliche e servizi di pubblica utilità in carenza di adeguate risorse economiche e competenze tecniche. Al concessionario viene riconosciuto, a titolo di corrispettivo, il diritto di gestire le opere o i servizi oggetto del contratto, eventualmente accompagnato da un prezzo³.

Se pur le autorità pubbliche restano libere di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi⁴, la scelta di un regime di esternalizzazione impone l'obbligo di operare nel pieno rispetto del principio di massima concorrenzialità. Tramite le concessioni, infatti, le amministrazioni limitano discrezionalmente l'accesso a un numero circoscritto di imprese, che si trovano conseguentemente in posizione privilegiata rispetto agli altri operatori economici. Non dovrebbero pertanto configurarsi come concessioni i regimi in cui tutti gli operatori che soddisfano determinate condizioni sono autorizzati a svolgere un certo compito senza selettività, né gli atti con i quali le amministrazioni autorizzano l'esercizio di un'attività economica, stabilendone le modalità e le condizioni⁵.

¹ [AS026 - Concorrenza e regolamentazione nei servizi di pubblica utilità (Art. 24 l. 287/90 - Relazione al Governo su alcuni settori), 1 luglio 1994 e AS152 Misure di revisione e sostituzione di concessioni amministrative, 28 ottobre 1998.]

² [Cfr. il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.]

³ [L'aggiudicazione della concessione comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi. Si considera che il concessionario assume il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione (art. 5, comma 1, Direttiva 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione).]

⁴ [Cfr. artt. 2 e 4 della Direttiva 2014/23/UE e art. 166 del d.lgs. n. 50/16.]

⁵ [Cfr. considerando 13 e 14 della Direttiva 2014/23/UE e art. 164 del d.lgs. n. 50/16. Come in passato osservato dall'Autorità, nei numerosi settori non più riservati ma liberalizzati le concessioni non appaiono più giustificate, in quanto ostacolano la libera iniziativa economica garantita dall'ordinamento europeo, dall'articolo 41 della Costituzione e dalla legge n. 287/1990. Cfr. AS152 - Misure di revisione e sostituzione di concessioni amministrative, 28 ottobre 1998.]

III. Disciplina delle concessioni

L'introduzione di una completa disciplina in materia di concessioni, prima a livello europeo (con la direttiva 2014/23/UE) e poi nazionale (con gli artt.164 e seguenti del d.lgs. n. 50/16), ha senza dubbio fornito un quadro giuridico più chiaro in ordine all'applicabilità, anche a tale istituto, di regole e principi finalizzati a garantire parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza durante l'intera procedura di aggiudicazione. Ove l'ente pubblico abbia optato per l'esternalizzazione della gestione del servizio vale ora, in misura non attenuata, la regola della gara⁶. A tale riguardo, l'Autorità intende ribadire, in termini generali, i principi di seguito illustrati e già in passato ripetutamente espressi.

a) La regola della gara e gli spazi per il confronto competitivo

Le procedure ad evidenza pubblica devono costituire la regola nell'affidamento delle concessioni. Tuttavia, come emergerà dal quadro settoriale descritto nel proseguito, molti mercati sono ancora caratterizzati dalla presenza di concessioni affidate in via diretta senza ricorso a procedure di gara, di lunghissima durata e di ampiezza tale da congelare interi settori a scapito sia della potenziale concorrenza di operatori economici in grado di competere efficacemente sul mercato, sia della qualità del servizio reso alla collettività.

b) L'ampiezza dell'affidamento

In aggiunta all'obbligo di procedere alla gara, l'Autorità ribadisce che *il perimetro della concessione oggetto di affidamento non deve essere ingiustificatamente ampio*, ma piuttosto tenere adeguatamente conto delle caratteristiche specifiche della domanda e dell'offerta. A tal fine, assumono rilevanza il numero e la tipologia delle concessioni da affidare. Dovrebbero essere ridotti al minimo i casi di concessione *esclusiva*, ricorrendo ove possibile a più concessioni, eventualmente relative a mercati geografici diversi⁷.

c) Criteri di selezione

Nel conferimento o nel rinnovo delle concessioni, *andrebbero eliminati i casi di preferenza per i gestori uscenti o per l'anzianità acquisita*, in quanto idonei a tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato. La scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi è infatti essenziale per garantire agli operatori economici l'effettivo accesso alle opportunità economiche offerte dalle concessioni. I criteri di selezione dovrebbero dunque riguardare soltanto la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori, essere collegati all'oggetto del contratto e figurare nei documenti di gara⁸.

d) La durata delle concessioni

La durata delle concessioni dovrebbe essere limitata e giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie, al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato. A riguardo, è senz'altro rilevante l'avvenuta introduzione a livello normativo di un limite alla durata delle concessioni, che deve essere determinata dall'amministrazione aggiudicatrice nel bando di gara in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. La durata è commisurata al valore della concessione e alla sua complessità organizzativa e, laddove superiore ai 5 anni, impone un onere motivazionale maggiore, posto che non potrà eccedere il periodo di tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti, insieme ad una remunerazione del capitale investito⁹.

In questa ottica, non andrebbero disposti rinnovi automatici e proroghe delle concessioni, che bloccano lo sviluppo dell'economia e impediscono al mercato concorrenziale di produrre i suoi effetti, in termini di efficienza, di innovazione e di qualità del servizio reso alla collettività.

IV. Lo stato attuale delle concessioni e le relative criticità concorrenziali

Le concessioni che più hanno destato preoccupazioni dal punto di vista concorrenziale riguardano, in primo luogo, la gestione di alcune infrastrutture rispetto alle quali è emersa una forte resistenza all'espletamento di procedure ad evidenza pubblica, pur a fronte dei mutati quadri normativi (autostrade, aeroporti, reti gas e grandi derivazioni idroelettriche). Peraltro, l'eccessiva ampiezza e durata delle concessioni esistenti, dovuta anche al frequente ricorso a proroghe o rinnovi automatici, ha comportato un inevitabile ingessamento degli assetti di mercato esistenti, a vantaggio degli operatori attuali concessionari.

L'Autorità ha inoltre analizzato alcune concessioni per l'utilizzo di beni demaniali. Anche in questo caso si riscontra uno scarso ricorso a procedure ad evidenza pubblica per la scelta del concessionario, oltre alla previsione di criteri di

⁶ [Cfr. Consiglio di Stato, parere del 21 marzo 2016 n. 855, concernente lo schema di decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione".]

⁷ [Nei mercati dei servizi autostradali, ad esempio, l'Autorità ha più volte segnalato l'opportunità di affidare le diverse tratte, laddove economicamente possibile, ad una pluralità di gestori differenti, al fine di introdurre forme di concorrenza comparativa (cosiddetta yardstick competition). Cfr. AS455 - Schemi di convenzione con la società Anas s.p.a. sottoscritti dalle società concessionarie autostradali, 4 luglio 2008 e AS135 - Proroghe delle concessioni autostradali, 22 maggio 1998.]

⁸ [Cfr. considerando 63 e 67 della Direttiva 2014/23/UE.]

⁹ [Art. 18 Direttiva 2014/23/UE e art. 168 del d.lgs. n. 50/16.]

selezione discriminatori, che attribuiscono all'operatore uscente un vantaggio concorrenziale ingiustificato e non replicabile dai concorrenti. Come è noto, le concessioni demaniali dovrebbero produrre benefici per la fruizione collettiva e, allo stesso tempo, consentire di remunerare l'amministrazione titolare del medesimo bene. Al fine di evitare un utilizzo inefficiente delle risorse demaniali ed ottenere maggiori introiti, dovrebbe essere preferito il concessionario che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e che intenda avvalersi della concessione per un uso rispondente al più rilevante interesse pubblico.

Residuano infine alcuni servizi in concessione che, oltre a non richiedere sempre per loro natura il ricorso allo strumento concessorio, sono affidati secondo un regime di concessione *ex lege*. Tale modalità di affidamento può causare serie criticità concorrenziali, dovute alla sottrazione dell'attività in concessione tanto alla concorrenza nel mercato (affidamenti in esclusiva) quanto a quella per il mercato (affidamenti diretti *ex lege*). L'affidamento delle concessioni di servizi ai privati dovrebbe sempre soggiacere all'applicazione dei principi di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione.

Nel proseguo saranno pertanto descritte le più rilevanti criticità riscontrate e formulate alcune proposte di modifica della normativa vigente o raccomandazioni alle amministrazioni concedenti, finalizzate a garantire un maggiore confronto concorrenziale tra gli operatori del mercato.

IV.1. Autostrade

L'Autorità ha avuto modo di occuparsi varie volte del settore autostradale, segnalando l'esigenza, soprattutto nelle fasi di riassegnazione delle concessioni, di rispettare i principi di concorrenza nelle modalità di affidamento e di ricorrere a procedure competitive¹⁰.

Vi sono stati frattanto rilevanti cambiamenti del quadro normativo in materia. Innanzitutto, le concessioni autostradali sono state espressamente disciplinate dal Codice dei contratti pubblici, il cui articolo 178 ha previsto il ricorso a gare ad evidenza pubblica per l'assegnazione di concessioni in scadenza (ferma la possibilità di affidamenti *in house*), mentre l'articolo 177, comma 1, ha stabilito, tra le altre previsioni, che i titolari di concessioni autostradali non affidate con procedure di gara ad evidenza pubblica, sono obbligati ad aggiudicare una quota pari al sessanta per cento dei contratti relativi alle proprie concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica¹¹.

Inoltre, l'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART) ha provveduto a definire le condizioni per l'efficienza delle gestioni autostradali e il contenimento dei costi per gli utenti, individuando ambiti ottimali di gestione aventi un'estensione chilometrica compresa, per singola concessione, tra i 180 e i 315 km¹². All'ART sono state altresì affidate le competenze in materia tariffaria, poi estese anche alle concessioni autostradali vigenti.

L'attuale gestione della rete autostradale nazionale è caratterizzata dall'esistenza di 25 concessioni affidate direttamente dal MIT a 24 società, una delle quali, Autostrade per l'Italia S.p.A. (ASPI), gestisce oltre la metà dell'intera rete (pari a circa 3.000 Km), mentre altre società sono complessivamente riconducibili a un unico soggetto, il gruppo Gavio, che gestisce in totale quasi 1.500 Km di autostrade¹³. La gran parte delle concessioni vigenti scadrà soltanto dopo l'anno 2030 (quella di ASPI nel 2042), a causa della lunga durata degli affidamenti esistenti e dell'ampio ricorso a rinnovi in favore degli attuali concessionari¹⁴. Tre concessioni risultano già scadute e in regime di proroga¹⁵,

¹⁰ [Cfr. AS135 - Proroghe delle concessioni autostradali, 22 maggio 1998 e AS988 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013, 2 ottobre 2012. Cfr. altresì AS455 - Schemi di convenzione con la società Anas S.p.A. sottoscritti dalle società concessionarie autostradali, del 4 luglio 2008, relativa anche alle modalità di regolamentazione delle tariffe autostradali.]

¹¹ [Inoltre, a fronte di una situazione di straordinaria necessità e urgenza, è stato adottato un decreto legge per la nomina di un commissario straordinario che proceda all'affidamento dei lavori per il celere ripristino del tratto autostradale A10. Cfr. decreto legge 28 settembre 2018, n. 109, recante disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze, convertito con modificazioni in legge 16 novembre 2018, n. 130. Nel corso di un'apposita audizione parlamentare, l'Autorità ha sottolineato la natura derogatoria ed eccezionale della negoziazione diretta prevista del decreto in esame (cfr. Camera dei Deputati - Commissioni VIII e IX, Audizione del Segretario Generale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato Avvocato Filippo Arena, 8 ottobre 2018, sub <http://www.agcm.it/dotcmsdoc/audizioni-parlamentari/Audizione-20181008.pdf>.)]

¹² [Cfr. ART, Delibera n. 70 del 23 giugno 2016, Definizione degli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali.]

¹³ [La possibilità di procedere ad affidamenti *in house* prevista dall'art. 178 del d.lgs. n. 50/16 è stata interpretata, in almeno due casi nel corso del 2017 (affidamento della tratta A22 Brennero-Modena e, con un'unica operazione, affidamento delle tratte A4, A23, A28, A34, A57), anche nel senso di procedere mediante affidamenti di tipo "pubblico-pubblico", con l'assegnazione in un secondo tempo delle attività di gestione a società appositamente costituite.]

¹⁴ [In due casi molto recenti (tra cui l'affidamento ad ASPI), la Commissione europea ha approvato, in base alle normative UE in materia di aiuti di Stato, il piano italiano d'investimento volto a prorogare due concessioni autostradali e imporre un massimale ai pedaggi. Commissione UE, Aiuti di Stato: la Commissione approva un piano d'investimento per le autostrade italiane, 27 aprile 2018; cfr. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3581_it.htm.]

¹⁵ [Si tratta delle concessioni relative alle autostrade A3 Napoli-Salerno (scaduta il 31/12/2012), A21 Torino-Piacenza (scaduta il 31/12/2012) e A4 Torino-Quincinetto-Ivrea, sistema tangenziale di Torino (scaduta nel 2016).]

mentre soltanto alcune sono in prossima scadenza¹⁶. Solo nel maggio 2017 è stata affidata la prima concessione aggiudicata tramite gara europea, relativa alla tratta A21¹⁷.

Sotto il profilo concorrenziale, l'esperienza ha dimostrato come la quasi totalità delle concessioni sia stata affidata senza procedure ad evidenza pubblica e per durate particolarmente lunghe.

Al riguardo, l'Autorità segnala pertanto la necessità, per le concessioni in scadenza, di provvedere celermente allo svolgimento delle procedure di gara, al fine di selezionare al meglio e per tempo i gestori in termini di qualità e sicurezza dei servizi, propensione agli investimenti e minor costo di gestione.

Quanto alle restanti concessioni autostradali, l'Autorità invita le amministrazioni competenti a valutare la congruità della durata delle concessioni rispetto al valore della concessione, alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa e agli investimenti effettuati, anche ai fini dell'eventuale rideterminazione della durata laddove eccedente il periodo di tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti sostenuti e a una remunerazione del capitale investito.

Infine, si segnala al legislatore la necessità di aumentare la quota da esternalizzare dei contratti affidati senza gara – che, come sopra riportato, per i gestori autostradali è attualmente limitata al sessanta per cento – alla percentuale dell'ottanta per cento prevista per la generalità degli altri concessionari dall'articolo 177 del d.lgs. n. 50/16¹⁸.

IV.2. Aeroporti

Nonostante numerosi interventi dell'Autorità, da ultimo in occasione della segnalazione per la legge annuale della concorrenza nell'ottobre 2012, con i quali si auspicava l'attribuzione delle concessioni aeroportuali con gara e per periodi di tempo congrui con il piano degli investimenti previsti¹⁹, l'intero sistema delle concessioni aeroportuali italiano appare tuttora regolato da affidamenti diretti per periodi di tempo molto lunghi (mediamente 40 anni)²⁰; ciò a fronte della circostanza che il nuovo (e mai applicato) articolo 704 del Codice della Navigazione prevede invece espressamente che l'attribuzione delle concessioni totali²¹ per la gestione degli aeroporti nazionali debba avvenire ad esito di una procedura ad evidenza pubblica.

La prima scadenza di una concessione vigente si avrà nel 2027²², mentre tutte le altre concessioni – sia quelle relative ai grandi aeroporti internazionali ed intercontinentali²³ sia quelle relative ai medi e piccoli aeroporti nazionali²⁴ – scadranno dopo il 2040. Solo in tre casi²⁵ non si è ancora proceduto all'affidamento diretto della nuova concessione tramite decreto interministeriale.

In questo settore – che di per sé già presenta spazi assai limitati di concorrenza *nel* mercato all'interno di determinate *catchment area* e solo per particolari tipologie di utenti e di servizi – anche il confronto competitivo *per* il mercato non ha mai potuto sinora produrre i suoi benefici effetti, favorendo la razionalizzazione del sistema aeroportuale italiano, nonché l'integrazione e la specializzazione dei siti aeroportuali.

Il settore aeroportuale si caratterizza per una netta distinzione tra il gruppo dei più importanti sistemi aeroportuali nazionali (quelli con traffico superiore ai 10 milioni di passeggeri annui)²⁶ che, in virtù di un regime di deroga, sono sottoposti ad una regolazione tariffaria di tipo negoziale sulla base di accordi di programma sottoscritti con ENAC²⁷, e

¹⁶ [Si tratta delle concessioni relative alle autostrade A11 Diramazione Lucca-Viareggio; A12 Sestri Levante- Livorno; A15 Fornola – La Spezia (in scadenza il 31 luglio 2019); A10 Savona – Ventimiglia (in scadenza il 30 novembre 2021).]

¹⁷ [Sono inoltre attese alcuni operazioni di accorpamento e ridefinizione di tratte autostradali sulla base delle indicazioni rese dall'ART in materia di ambiti ottimali.]

¹⁸ [Cfr. Audizione del Segretario Generale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato Avvocato Filippo Arena, cit., pp. 4-5.]

¹⁹ [Cfr. AS274 - Liberalizzazione e privatizzazione delle attività aeroportuali del 5 febbraio 2004; AS659 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza, 9 febbraio 2010; AS901 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2012, 5 gennaio 2012; AS988 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013, 2 ottobre 2012.]

²⁰ [A titolo di mero esempio, nel caso degli aeroporti del sistema di Roma (Fiumicino e Ciampino) la proroga della concessione al 2044 è stata fissata dal d.l. 11 luglio 1992 n 333, convertito con modificazioni nella legge 8 agosto 1992, n 359, articolo 14, comma 3, così come interpretato dall'art. 10, comma 1, della legge 5 marzo 2001, n 57.]

²¹ [Le gestioni totali sono quelle in cui il gestore percepisce tutte le entrate ricavabili dall'esercizio aeroportuale, ivi compresi i diritti aeroportuali connessi all'esercizio aeroportuale (diritti di approdo, partenza e sosta aeromobili, i diritti di imbarco passeggeri e le tasse di imbarco e sbarco merci).]

²² [Aeroporto di Genova.]

²³ [A titolo di esempio gli aeroporti di Roma (Fiumicino e Ciampino) gestiti da ADR S.p.A. ed in scadenza nel 2044; di Milano (Malpensa e Linate) gestiti da SEA S.p.A. in scadenza nel 2041; Venezia gestito da SAVE S.p.A. in scadenza nel 2041; di Torino gestito da SAGAT S.p.A., in scadenza nel 2035; di Napoli gestito da SEGAC S.p.A. in scadenza nel 2043; di Bergamo gestito da SACBO S.p.A., in scadenza nel 2042; di Palermo, gestito da GESAP S.p.A. in scadenza nel 2047; di Catania gestito da SAC S.p.A. in scadenza nel 2047; di Cagliari gestito da SOGEAR S.p.A. in scadenza nel 2047.]

²⁴ [Si tratta degli aeroporti di Bari, Brindisi, Foggia, Taranto, Firenze, Olbia, Bologna, Pisa, Trieste, Alghero, Pescara, Rimini, Verona, Lamezia Terme, Brescia, Ancona, Trapani, Treviso, Parma, Cuneo, Perugia.]

²⁵ [Crotone, Lampedusa e Reggio Calabria.]

²⁶ [Si tratta dei sistemi aeroportuali di Roma, Milano e Venezia.]

²⁷ [Cfr. art. 17, co. 34-bis del d.l. 1.7.2009, n. 78, convertito con l. 3.8.2009, n. 102.]

il resto degli aeroporti che sono sottoposti invece alla regolamentazione *ex ante* da parte dell'Autorità di regolazione dei trasporti²⁸.

Gli accordi di programma sottoscritti da ENAC e i maggiori aeroporti nazionali, tuttavia, non presentano la medesima durata: alcuni scadranno tra il 2020 e il 2021 (Milano e Venezia); laddove il contratto relativo al sistema aeroportuale romano presenta una durata commisurata a quella della concessione (fino al 2044).

Analogamente a quanto segnalato per il settore autostradale, l'Autorità ribadisce l'auspicio che l'assegnazione delle gestioni non ancora affidate sia aggiudicata attraverso procedure competitive. Per le restanti concessioni, a cominciare dalle gestioni aeroportuali il cui accordo di programma risulti in scadenza nel biennio 2020/2021, l'Autorità auspica un'attenta verifica della sussistenza e permanenza delle ragioni che hanno giustificato una durata delle concessioni particolarmente lunga. Anche in tal caso, il concedente potrebbe procedere a una ridefinizione della durata della concessione, se non coerente con il piano di sviluppo pluriennale, la tempistica degli investimenti e il sistema delle penali.

IV.3. Distribuzione del gas

Il d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, di liberalizzazione del settore del gas²⁹, aveva previsto che il servizio di distribuzione del gas fosse affidato esclusivamente mediante gara per un periodo non superiore a 12 anni, stabilendo una scadenza anticipata di tutte le concessioni esistenti la cui durata eccedesse un periodo transitorio di cinque anni a decorrere dal 31 dicembre 2000³⁰. In base a tale previsione, tutte le concessioni esistenti sarebbero dunque scadute *ex lege* al più tardi alla fine del periodo transitorio. Era altresì previsto che il gestore uscente restasse comunque obbligato a proseguire la gestione del servizio, limitatamente all'ordinaria amministrazione, fino alla data di decorrenza del nuovo affidamento³¹. In ottemperanza al d.lgs. n. 164/00 alcuni Comuni nei quali le concessioni di distribuzione erano scadute hanno proceduto a nuove assegnazioni con gara.

Successivamente, con il d.l. 1° ottobre 2007, n. 159, le concessioni comunali sono state accorpate in concessioni d'ambito³² e sono stati individuati 177 ambiti (c.d. ATEM)³³. Le gare d'ambito, articolate in otto scaglioni (ciascuno ricomprensivo di un gruppo di ambiti), avrebbero dovute essere espletate entro determinate date (da 6 a 42 mesi dall'entrata in vigore del decreto)³⁴.

Tuttavia, sia queste scadenze che le penalità previste in caso di mancato rispetto delle stesse sono state più volte modificate. Da ultimo, l'articolo 3 del d.l. 30 dicembre 2015, n. 210, ha introdotto ulteriori termini³⁵ e ha previsto che in caso di mancata indicazione delle gare d'ambito entro tali termini, la Regione competente assegni ulteriori sei mesi per adempiere, decorsi i quali avvia la procedura di gara attraverso la nomina di un commissario *ad acta*; e che decorsi ulteriori due mesi, il MISE subentri alla Regione inadempiente, nominando esso stesso un commissario *ad acta*.

Attualmente, fatta eccezione per le citate concessioni comunali assegnate con gara secondo quanto previsto dal d.lgs. n. 164/00 e ancora vigenti, le concessioni esistenti sono tutte scadute *ope legis* ed esercite in regime di proroga. Si conta un'unica gara aggiudicata ai sensi della nuova normativa (quella dell'ATEM Milano 1) e pochissime altre per le quali la procedura è stata almeno avviata³⁶.

Per una significativa quota di ATEM che non includono Comuni capoluoghi di provincia non è stata neanche individuata la stazione appaltante³⁷, mentre per oltre il 95% degli ATEM risultano scaduti entrambi i termini per l'esercizio del potere sostitutivo da parte rispettivamente della Regione e del MISE. Soltanto la Regione Calabria risulta aver

²⁸ [Ci si riferisce agli articoli da 71 ad 81 del d.l. 1/2012, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, con il quale si è proceduto al recepimento nel nostro ordinamento della Direttiva CE 12/2009 ed all'articolo 37 del d.l. 1/2012 con cui si è istituito il regolatore indipendente dei trasporti.]

²⁹ [Di attuazione della direttiva 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della L. 17 maggio 1999, n. 144.]

³⁰ [Periodo estendibile, in circostanze eccezionali, a un massimo di altri due anni (art. 15, comma 7).]

³¹ [Art. 14 comma 7.]

³² [D.l. 1 ottobre 2007 n. 159, convertito con legge 29 novembre 2007 n. 222, art. 46bis.]

³³ [D.M. 19 gennaio 2011. L'elenco preciso dei comuni inseriti in ciascun ambito è contenuto nel DM 18 ottobre 2011.]

³⁴ [Cfr. DM 226/2011.]

³⁵ [D.L. 30 dicembre 2015, n. 210, Proroga di termini previsti da disposizioni legislative, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 25 febbraio 2016, n. 21, che ha previsto:

(i) per gli ATEM che non comprendono Comuni capoluoghi di provincia, l'individuazione della stazione appaltante entro date (scaglionate) comprese tra il 1 maggio 2014 e l'11 marzo 2016;

(ii) anche in caso di avvenuta nomina della stazione appaltante, la pubblicazione del bando di gara entro 15 mesi dalla data di cui al punto (i) per ATEM con capoluogo di provincia ed entro 18 per ATEM senza capoluogo di provincia.

L'Autorità è spesso intervenuta nei confronti di questi rinvii dei termini per l'espletamento delle gare, che rappresentavano delle proroghe indebite delle concessioni esistenti. Si ricorda, in particolare, la segnalazione AS1262 - Gare per il servizio di distribuzione del gas naturale previste dall'art. 14 del d.lgs. n. 164/2000, del 9 marzo 2016.]

³⁶ [Cfr. anche REF, "Monitoraggio gare gas", Newsletter Osservatorio Energia, n. 225, ott. 2018. Nel complesso la gara è stata avviata in ventidue ATEM.]

³⁷ [Si tratta di ventisei ATEM, per i quali la scadenza per l'individuazione della stazione appaltante era prevista tra l'11 maggio 2014 e l'11 marzo 2016. Cfr. informazioni pubblicate sul sito del MISE e dati forniti da ARERA.]

nominato un commissario *ad acta* per i tre ATEM in cui le stazioni appaltanti sono state inadempienti agli obblighi di gara³⁸.

Pertanto, non solo le gare svolte o comunque bandite sono ad oggi pochissime, ma anche le procedure ad esse prodromiche sono in stato ancora iniziale, o del tutto assente, nella maggior parte degli ATEM. L'Autorità sottolinea come il ricorso a numerose proroghe di lunga durata delle concessioni esistenti abbia fortemente ritardato lo sviluppo del processo competitivo in tale settore e invita pertanto: gli enti locali che ancora non vi abbiano provveduto, a identificare le stazioni appaltanti; le stazioni appaltanti, a svolgere al più presto le procedure di gara previste dalla normativa; gli enti di controllo, alla verifica del rispetto delle tempistiche e a intervenire prontamente esercitando i propri poteri sostitutivi in caso di ingiustificato ritardo nell'espletamento delle gare.

IV.4. Le concessioni di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico

Le concessioni di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico trovano la loro disciplina normativa originaria nel R.D. 11 dicembre 1993, n. 1775 (*"Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici"*). Successivamente, il d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79³⁹ ha fissato al 1° aprile 2029 la scadenza delle concessioni per le grandi derivazioni idroelettriche di ENEL S.p.A. e la proroga di diritto, alla medesima data, delle altre concessioni scadute o in scadenza entro il 31 dicembre 2010.

Lo stesso d.lgs. n. 79/99 stabiliva che eventuali richieste di rinnovo delle concessioni scadute potessero essere presentate 5 anni prima della scadenza e contemplava un principio di preferenza al concessionario uscente, che è stato successivamente eliminato dalla legge 23 dicembre 2005, n. 266⁴⁰. Tale ultima normativa prevedeva altresì l'indizione di gare ad evidenza pubblica da effettuarsi cinque anni prima della scadenza delle concessioni, oltre a una proroga di dieci anni dei termini di scadenza di tutte le concessioni (condizionata alla effettuazione di congrui interventi di ammodernamento degli impianti), che fu successivamente dichiarata incostituzionale⁴¹. È dunque intervenuto il d.l. 31 maggio 2010 n. 78⁴² il quale ha apportato ulteriori modifiche all'articolo 12 del d.lgs. n. 79/99, prevedendo nuove ipotesi di proroga quinquennale o settennale delle concessioni idroelettriche e alcune forme di preferenza nei confronti del concessionario uscente, entrambe dichiarate incostituzionali⁴³.

Infine, l'articolo 12 del d.lgs. n. 79/99 è stato nuovamente modificato dall'articolo 37, d.l. del 22 giugno 2012 n. 83⁴⁴, che ha previsto l'espletamento da parte di Regioni e Province Autonome di gare ad evidenza pubblica (cinque anni prima della scadenza delle concessioni) per affidamenti da 20 ai 30 anni, rapportati all'entità degli investimenti ritenuti necessari. Per le concessioni già scadute e per quelle in scadenza entro il 31 dicembre 2017, la gara doveva essere indetta entro due anni dall'entrata in vigore di un decreto interministeriale⁴⁵ e la nuova concessione sarebbe decorsa dal termine del quinto anno successivo alla scadenza originaria e comunque non oltre il 31 dicembre 2017.

Ad oggi, il decreto interministeriale previsto dall'articolo 12, comma 2, del d.lgs. n. 79/99 non è stato ancora emanato e gran parte delle concessioni nelle diverse Regioni italiane risulta scaduta alla data del 31 dicembre 2017.

A questo riguardo, l'Autorità intende sottolineare che la ripetuta fissazione di termini decennali o quinquennali (mai rispettati) per l'espletamento delle procedure di gara non fa che costituire una proroga indeterminata, *medio tempore*, delle gestioni in essere. Appare quindi necessario superare l'attuale situazione di stallo e provvedere nel più breve tempo possibile all'espletamento delle procedure di gara, posto che ulteriori proroghe della scadenza delle concessioni esistenti si pongono in aperta violazione dei principi di tutela della concorrenza e di apertura al mercato, libertà di stabilimento, trasparenza e non discriminazione.

L'Autorità intende inoltre ribadire quanto già segnalato nel 2014 in merito all'importo da riconoscere al concessionario uscente nelle future gare per l'attribuzione delle concessioni di grande derivazione idroelettrica. Si evidenzia, a riguardo, la necessità di modificare la previsione contenuta nell'articolo 12 del d.lgs. n. 79/99 (secondo cui il gestore uscente trasferisce a titolo oneroso al nuovo entrante tutto il relativo ramo d'azienda) stabilendo il trasferimento a

³⁸ [Cfr. REF, cit. Newsletter, Monitoraggio gare gas, n. 224 (settembre 2018) e 225 (ottobre 2018).]

³⁹ [Di attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.]

⁴⁰ [A seguito della procedura di infrazione aperta dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia.]

⁴¹ [Corte costituzionale, sentenza 18 gennaio 2008 n. 1.]

⁴² [Recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica, convertito con modificazioni in legge 30 luglio 2010 n.122.]

⁴³ [Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 205 del 13 luglio 2011. Sul punto anche l'Autorità si è pronunciata più volte, in particolare, nei confronti della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige e della Provincia di Bolzano (cfr. segnalazione AS233 - Concessioni per lo sfruttamento di grandi derivazioni a scopo idroelettrico, 21 marzo 2002; nonché AS650 - Gestione della produzione di energia idroelettrica in provincia di Bolzano, 30 dicembre 2009; e AS730 - Rinnovo di concessioni di grande derivazione d'acqua a scopo idroelettrico, 23 luglio 2010).]

⁴⁴ [c.d. Decreto Cresci Italia, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134.]

⁴⁵ [Il decreto avrebbe dovuto stabilire i requisiti organizzativi e finanziari minimi, i parametri e i termini concernenti la procedura di gara, i criteri e i parametri per definire la durata della concessione in rapporto all'entità degli investimenti, nonché i parametri tecnico-economici per la determinazione del corrispettivo e dell'importo spettanti al concessionario uscente.]

titolo oneroso delle sole opere asciutte (beni materiali) e la contestuale devoluzione gratuita delle opere bagnate (dighe, condotte, ecc.) al demanio statale⁴⁶.

IV.5. Concessioni nel settore portuale e marittimo

La legge portuale del 1994 (legge 28 gennaio 1994, n. 84) ha individuato nelle allora autorità portuali gli enti preposti all'affidamento delle concessioni. L'articolo 16 ha previsto un regime autorizzativo per le operazioni portuali (carico, scarico, trasbordo, deposito, movimento delle merci e di ogni altro materiale), mentre l'articolo 18 ha regolato il regime concessorio in ambito portuale (aree e banchine).

Con riguardo alle concessioni di aree e banchine, un decreto del Ministro dei Trasporti e della Navigazione, di concerto con il Ministro delle Finanze, avrebbe dovuto stabilire, tra le altre, adeguate forme di pubblicità per l'affidamento delle concessioni, la durata delle stesse, i poteri di vigilanza e controllo delle autorità concedenti, le modalità di rinnovo della concessione ovvero di cessione degli impianti a nuovo concessionario, i limiti minimi dei canoni da versare e i criteri per il rilascio delle concessioni⁴⁷.

Il decreto non è stato tuttavia mai approvato. Ciò ha comportato una perdurante situazione di incertezza circa le legittime modalità di espletamento delle procedure di assegnazione delle concessioni portuali e degli obblighi in capo alle amministrazioni concedenti, che, a seguito della recente riforma del sistema portuale, sono rappresentate ora da 15 Autorità di Sistema Portuale (AdSP)⁴⁸.

L'Autorità è spesso intervenuta con i suoi poteri di *advocacy* per richiamare la necessità di ridurre la discrezionalità amministrativa nelle procedure di affidamento e di adottare modalità competitive nella selezione dei concessionari⁴⁹. Nello specifico, è stato segnalato che il criterio generale della più proficua utilizzazione del bene per finalità di pubblico interesse, di cui all'articolo 37 del Codice della Navigazione⁵⁰, dovesse essere specificato in relazione alla fattispecie di volta in volta concreta, mediante l'individuazione *ex ante* di criteri oggettivi, adeguati e puntuali⁵¹.

Alcune delle raccomandazioni dell'Autorità sono state di recente richiamate da una circolare ministeriale indirizzata a tutte le AdSP, con cui il MIT sembrerebbe aver parzialmente sopperito alla persistente mancanza del citato decreto attuativo dell'articolo 18 della legge n. 84/94. Segnatamente, il MIT ha chiarito che la valutazione della migliore offerta in caso di istanze concorrenti deve essere effettuata da parte dell'autorità competente sulla base di alcuni parametri di valutazione predeterminati, volti in primo luogo a stimolare un'efficiente organicità dello sviluppo di portualità e logistica⁵². L'iniziativa ministeriale resta tuttavia ancorata a un meccanismo di tipo "negoziale", in cui gli operatori propongono un'iniziativa (o uno sviluppo) su un'opera esistente all'autorità competente, tenuto conto dei criteri da quest'ultima pubblicati ai fini della valutazione dell'istanza.

Anche l'ART è recentemente intervenuta adottando un'apposita delibera di regolazione delle concessioni di infrastrutture portuali⁵³, che prevede l'affidamento tramite procedure ad evidenza pubblica, avviate d'ufficio o su istanza di parte, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, non discriminazione, proporzionalità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.

Questa Autorità prende atto con favore del fatto che si stia procedendo, ancorché con molti anni di ritardo, verso un modello pro-concorrenziale di selezione dei nuovi concessionari di infrastrutture portuali. Si ritiene tuttavia necessaria una revisione della normativa che, nel coordinarsi con il più generale principio di sviluppo strategico del sistema marittimo nazionale, valorizzi appieno i beni demaniali con il loro affidamento al miglior concessionario, sia in sede di

⁴⁶ [Cfr. AS1137 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2014, 4 luglio 2014.]

⁴⁷ [Cfr. art. 18, comma 1, della legge 84/1994.]

⁴⁸ [Cfr. d.lgs. 4 agosto 2016, n. 169 e del d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 232. Le sedi designate di Autorità di sistema portuale sono Genova, La Spezia, Livorno, Civitavecchia, Cagliari, Napoli, Palermo, Augusta, Gioia Tauro, Taranto, Bari, Ancona, Ravenna, Venezia e Trieste.]

⁴⁹ [Cfr. AS1235 - Autorità portuale di Genova. Procedura di assegnazione bacini di carenaggio, 28 ottobre 2015.]

⁵⁰ [Nel caso di più domande di concessione l'articolo 37 del Codice della Navigazione stabilisce infatti che "è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico".]

⁵¹ [AS1457 - Rilascio concessione demaniale marittima nel porto di Livorno per terminal multipurpose, 24 novembre 2017.]

L'Autorità si è anche occupata dell'affidamento di servizi portuali, richiamando l'adozione di ben definiti criteri di trasparenza ed efficienza nelle assegnazioni ed evidenziando che motivazioni astrattamente basate sulla sicurezza dello svolgimento delle operazioni portuali non possono essere utilizzate quale pretesto per creare o mantenere indebite rendite di posizione (cfr. AS1091 - Servizi di ormeggio, disormeggio, battellaggio nel porto e nella rada di Piombino e Tor del Sale, 25 ottobre 2013; AS1081 - Diniego del diritto all'autoproduzione del servizio di ormeggio nel porto di Messina, 24 luglio 2013; AS990 - servizio di rimorchio ed assistenza navale nel porto e nella rada di Milazzo, 8 novembre 2012.)

⁵² [MIT, Concessioni di aree demaniali marittime e banchine portuali nei porti sede di Autorità di sistema portuale, DGVPTM/DIV.2/PS, 5 febbraio 2018.]

⁵³ [ART, Delibera n. 57/2018 del 30 maggio 2018, Approvazione di metodologie e criteri per garantire l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali. Prime misure di regolazione. La Delibera tiene conto di un parere di questa Autorità reso sullo schema di regolazione e delle raccomandazioni espresse dal Consiglio di Stato circa la necessità di riconoscere un ruolo attivo a tutti i soggetti eventualmente interessati dalla procedura di concessione, cfr. AGCM, AS1499 - ART/Metodologie per garantire l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali, 19 marzo 2018 e Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 23 giugno 2016, parere n. 552/2016.]

prima assegnazione che di successive riassegnazioni. È a tal fine opportuna una chiarificazione dei ruoli e delle competenze dei vari attori del settore. Inoltre, le AdSP dovrebbero affrettarsi a recepire le indicazioni pervenute dai regolatori, definire chiaramente *ex ante* criteri equi e non discriminatori di accesso e utilizzo delle infrastrutture, nonché attivarsi per lo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica, senza dover necessariamente attendere le istanze dei soggetti interessati.

Quanto, infine, alle attività di servizio in ambito portuale, l'Autorità ribadisce che, ove le caratteristiche del servizio consentano di operare solo a un numero ristretto di imprese, l'assegnazione dovrebbe avvenire con procedure a evidenza pubblica, mentre ove sussistano spazi per il confronto concorrenziale, lo svolgimento dei servizi dovrebbe avvenire con il semplice rilascio di atti autorizzativi⁵⁴.

IV.6. Concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative

Il tema delle concessioni balneari è stato oggetto di numerosi interventi da parte dell'Autorità volti a censurare, da un lato, il rinnovo automatico delle concessioni e, dall'altro lato, il 'diritto di insistenza' del concessionario uscente previsto dalla normativa nazionale⁵⁵. A seguito della procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea, il legislatore italiano ha eliminato il diritto di insistenza di cui all'articolo 37, comma 2, del Codice della Navigazione e ha fissato al 31 dicembre 2020 il termine ultimo per le concessioni balneari in essere⁵⁶.

Nel 2016, la Corte di Giustizia ha ritenuto incompatibile con il diritto dell'UE la normativa italiana che prevede, tra le altre, la proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative (nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo)⁵⁷.

L'Autorità segnala, a riguardo, l'opportunità di adottare in tempi celeri una nuova normativa relativa alle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative che preveda l'immediata selezione dei concessionari in base a principi di concorrenza, imparzialità, trasparenza e pubblicità e che garantisca all'amministrazione competente un utilizzo efficiente delle risorse demaniali e un'adeguata remunerazione del bene, tale da consentire il trasferimento di una parte maggiore della rendita alla collettività.

IV.7. Posteggio per commercio su aree pubbliche

L'Autorità si è avvalsa di vari strumenti di *advocacy* per censurare indebite restrizioni concorrenziali nell'assegnazione delle concessioni per il commercio su aree pubbliche, consistenti in durate minime di affidamento sproporzionate rispetto allo specifico settore in esame e in indebiti vantaggi competitivi attribuiti agli operatori uscenti⁵⁸.

Nel corso del 2017 sono stati adottati alcuni pareri ex articolo 21-*bis* della legge n. 287/90 nei confronti di delibere regionali che, oltre a prorogare le concessioni di posteggio nei termini di cui al d.l. 30 dicembre 2016 n. 244 (che ha rinviato al 1° gennaio 2019 lo svolgimento delle procedure di assegnazione delle concessioni in scadenza⁵⁹), attribuivano punteggi sproporzionati al criterio della "anzianità", limitando la discrezionalità dei Comuni nell'adottare criteri di selezione pro-competitivi⁶⁰. In un altro caso, è stata censurata la durata eccessivamente lunga della concessione di posteggi (tenuto conto dei limitati investimenti richiesti), oltre che l'adozione di criteri di scelta basati sulla mera presenza storica dell'operatore⁶¹.

L'Autorità ribadisce dunque che, al fine di non vanificare il ricorso a procedure pubbliche di assegnazione, le concessioni di posteggio per il commercio su aree pubbliche dovrebbero avere una durata adeguata, effettivamente proporzionata agli investimenti effettuati e alla natura del posteggio interessato, mentre i criteri di anzianità, tali da attribuire all'operatore uscente un vantaggio concorrenziale non replicabile dai nuovi operatori, dovrebbero essere eliminati.

⁵⁴ [Cfr. AS1185 - Autorità portuale di Piombino e dell'Elba. Servizi Portuali, 16 aprile 2015.]

⁵⁵ [Cfr. AS1468 - Regione Liguria - Legge n. 25/2017 in materia di qualificazione e tutela dell'impresa balneare e legge n. 26/2017 sulla disciplina delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative, 12 dicembre 2017; S1511 - Legge Regione Calabria n. 14-2012/Concessioni demaniali marittime a supporto di attività ricettive, 13 giugno 2012; AS551 - Concessioni demaniali marittime nella regione Calabria, 24 luglio 2009.]

⁵⁶ [Art. 1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009 n. 194, recante Proroga di termini previsti da disposizioni legislative, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 26 febbraio 2010, n. 25.]

⁵⁷ [Corte di Giustizia UE, cause riunite C-458/14 e C-67/15.]

⁵⁸ [Cfr., ex multis, il parere AS1335 Affidamento delle concessioni di posteggio per il commercio su aree pubbliche, 15 dicembre 2016.]

⁵⁹ [Art. 6, comma 8, del d.l. 30 dicembre 2016 n. 244 (c.d. decreto milleproroghe), recante Proroga e definizione di termini, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 27 febbraio 2017, n. 19.]

⁶⁰ [Cfr. i pareri motivati del 12 giugno 2017, AS1425 Regione Marche - Procedure di selezione per l'assegnazione di posteggi su aree pubbliche e AS1429 - Regione Emilia Romagna - Procedure di selezione per l'assegnazione di posteggi su aree pubbliche.]

⁶¹ [AS1463 Comune di Roma - Avviso pubblico per l'assegnazione di posteggi nella manifestazione festa della Befana, del 4 dicembre 2017.]

IV.8. Poste – Servizio Postale Universale

In base all'articolo 1, comma 18, del d.lgs. 31 marzo 2011, n. 58⁶², il servizio postale universale è affidato, in via diretta, a Poste Italiane S.p.A. in regime di concessione per un periodo di 15 anni a decorrere dall'entrata in vigore della Direttiva 2008/6/CE e, dunque, fino al 30 aprile 2026.

L'Autorità ha già segnalato le criticità legate alle modalità di affidamento del servizio universale, nonché alla struttura del servizio stesso e alle modalità di finanziamento fissate nel testo normativo, sottolineando, in particolare: 1) che la selezione del fornitore del servizio universale è avvenuta in via diretta e non attraverso una gara ad evidenza pubblica; 2) che la durata dell'affidamento diretto risulta estremamente lunga e quindi incompatibile con una reale apertura del mercato⁶³.

L'Autorità ribadisce pertanto, in vista della futura scadenza della concessione in essere, l'opportunità di avvalersi di procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio in questione, tenendo debitamente conto, nel definire il perimetro della concessione, delle caratteristiche specifiche della domanda e dell'offerta di mercato.

IV.9. Radiotelevisione

L'Autorità è più volte intervenuta in materia di servizio pubblico radiotelevisivo, da ultimo con un parere reso nel 2015, in cui auspicava un riassetto del sistema radiotelevisivo nazionale per contribuire al processo di apertura dei mercati dei media al gioco della concorrenza, garantendo, al contempo, il rispetto del pluralismo dell'informazione e degli altri obiettivi di servizio pubblico⁶⁴. In merito all'organizzazione del servizio, si riteneva necessaria una separazione tra attività di servizio pubblico e attività commerciali della RAI - Radio Televisione italiana S.p.A., attraverso forme di separazione più incisive della separazione contabile⁶⁵.

La concessione per il servizio pubblico radiotelevisivo è attribuita *ex lege* ad una società per azioni e il servizio è svolto sulla base di un contratto nazionale di servizio stipulato con il MISE. La legge 3 maggio 2004 n. 112 (c.d. legge Gasparri) ha affidato direttamente alla RAI il compito di fornire il servizio pubblico radiotelevisivo, per una durata pari a 12 anni. Con il DPCM del 28 aprile 2017 è mancata l'occasione per dar luogo a un confronto competitivo tra operatori, in quanto è stata rinnovata la concessione in esclusiva alla RAI ed è stato contestualmente approvato l'annesso schema di convenzione tra il MISE e la società concessionaria, recante le condizioni e le modalità di esercizio. La concessione ha durata decennale a decorrere dal 30 aprile 2017.

L'Autorità ribadisce in questa sede la necessità di una definizione puntuale degli obblighi del servizio pubblico radiotelevisivo, al fine di evitare l'assoggettamento a un regime di servizio pubblico anche di servizi televisivi che possono essere svolti in libera concorrenza.

Una puntuale definizione degli obblighi di servizio pubblico può consentire un più corretto dimensionamento delle risorse destinate al loro finanziamento, agevolando l'offerta del servizio pubblico radiotelevisivo attraverso una rete dedicata ed esclusivamente finanziata dal canone. Allo stesso tempo, una più netta demarcazione tra servizi sovvenzionati e servizi idonei ad essere offerti dal mercato può ampliare gli spazi per la concorrenza nel mercato della raccolta pubblicitaria televisiva.

L'Autorità ritiene, pertanto, necessario rinnovare l'invito a un riordino del servizio pubblico radiotelevisivo che assicuri e promuova la concorrenza dei mercati televisivi e, al contempo, garantisca il rispetto del pluralismo dell'informazione e delle altre finalità di servizio pubblico. A tal fine, l'Autorità auspica una più precisa definizione degli obblighi di servizio pubblico, attribuiti ad un'unica rete interamente finanziata dal canone.

IV.10. Frequenze della banda 700 MHz per i servizi di telecomunicazione mobile (5G) e rinnovo dei diritti d'uso delle frequenze di telecomunicazione mobile

Sul tema delle frequenze per i servizi di telecomunicazione mobile 5G e dei procedimenti di proroga dei diritti d'uso delle frequenze, l'Autorità si è già espressa con due pareri resi ai sensi dell'articolo 22 della legge 287/90, nei quali ha segnalato la necessità di ricorrere a procedure di gara che consentano l'ampia partecipazione degli operatori - considerata la prassi invalsa nel settore di rinnovare i diritti d'uso delle frequenze senza lo svolgimento di nuove procedure competitive - e ha chiarito che le proroghe, al pari delle assegnazioni originarie, dovrebbero essere concesse al fine di raggiungere obiettivi specifici. È stato ricordato che tanto la durata quanto le possibili proroghe delle concessioni devono essere giustificate da esigenze obiettive di recupero degli investimenti chiaramente individuate *ex ante*⁶⁶.

⁶² [Recante Attuazione della direttiva 2008/6/CE che modifica la direttiva 97/67/CE, per quanto riguarda il pieno completamento del mercato interno dei servizi postali.]

⁶³ [AS786 - Recepimento direttiva comunitaria sui servizi postali 2008/6/CE, 15 gennaio 2011.]

⁶⁴ [AS1225 - Servizio pubblico radiotelevisivo, 28 ottobre 2015.]

⁶⁵ [Cfr. anche IC23 Indagine conoscitiva nel settore televisivo, 16 novembre 2004 e AS247 - Assetto del sistema radiotelevisivo e della società RAI-Radiotelevisione Italiana, 20 dicembre 2002.]

⁶⁶ [S3217 Procedure per l'assegnazione dei diritti d'uso di frequenze per favorire la transizione verso la tecnologia 5G del 22 maggio 2018 e S3407b Procedimenti di proroga dei diritti d'uso delle frequenze di telecomunicazione ai sensi dell'articolo 25, comma 6, del Decreto Legislativo 1° agosto 2003, n. 259 del 15 novembre 2018.]

Per quanto concerne il tema del pagamento di un indennizzo da parte del concessionario subentrante al concessionario uscente, l'Autorità intende richiamare il principio espresso nelle sentenze n. 157/2017 e n. 109/2018 della Corte costituzionale, secondo il quale l'indennizzo "incide sulle possibilità di accesso al mercato di riferimento e sulla uniforme regolamentazione dello stesso". Tale principio può trovare applicazione nel caso specifico della ri-attribuzione, prevista con il termine del 2022, delle frequenze in banda 700MHz (che sono attualmente utilizzate per i servizi televisivi digitali sia in ambito nazionale che in ambito locale) ai servizi in banda larga mobile. In tal caso, infatti, la richiesta di un indennizzo, basata sulla pretesa esistenza di investimenti non recuperabili e non ammortizzati, non deve costituire un ostacolo al rilascio delle frequenze e alla ri-attribuzione delle stesse secondo gli esiti della gara appena svolta.

L'Autorità invita pertanto al rapido rilascio delle frequenze in banda 700MHz a seguito dell'esperimento delle procedure di gara, senza il ricorso a proroghe ingiustificate nel rinnovo dei diritti d'uso ed evitando che la richiesta di un indennizzo al concessionario subentrante possa ostacolare l'accesso al mercato.

V. Raccomandazioni

In linea generale, l'Autorità auspica che, laddove possibile, la necessità di ricorrere al regime concessorio venga verificata a fondo e in ogni caso ne siano ripensate profondamente l'ampiezza, la durata e le modalità di subentro al concessionario già presente.

Per le concessioni in scadenza o già scadute, l'Autorità ribadisce l'importanza del ricorso a modalità di affidamento competitive, evitando le proroghe e i rinnovi automatici.

Un regime concessorio maggiormente coerente con i principi della concorrenza e volto a valorizzare i limitati spazi per il confronto competitivo presenti in molti dei servizi in concessione sarebbe estremamente prezioso per garantire ai cittadini una gestione delle infrastrutture e un'offerta di servizi pubblici più efficiente e di migliore qualità e sicurezza; non ultimo, potrebbe contribuire in misura significativa alla crescita economica e, soprattutto, alla ripresa degli investimenti di cui il Paese necessita.

In sintesi, l'Autorità auspica i seguenti interventi:

Autostrade: per le concessioni autostradali in scadenza, il celere svolgimento di procedure di gara, al fine di selezionare al meglio e per tempo i gestori in termini di qualità e sicurezza dei servizi, propensione agli investimenti e minor costo di gestione; per le restanti concessioni, la valutazione della congruità della durata rispetto al valore della concessione, alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa e agli investimenti effettuati, anche ai fini dell'eventuale rideterminazione della stessa, se eccedente il periodo di tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti sostenuti e a una remunerazione del capitale investito; infine, l'aumento all'ottanta per cento della quota dei contratti relativi a concessioni autostradali affidate senza gara da esternalizzare ai sensi dell'articolo 177 del d.lgs. n. 50/16.

Aeroporti: analogamente al settore autostradale, per le concessioni non ancora affidate tramite decreto ministeriale, lo svolgimento di procedure di gara; per le restanti concessioni, un'attenta verifica della congruenza tra il programma di investimenti e la durata della concessione, anche ai fini di un'eventuale ridefinizione di quest'ultima, se non coerente con il piano di sviluppo pluriennale, la tempistica degli investimenti e il sistema delle penali.

Distribuzione del gas: per gli enti locali che ancora non vi abbiano provveduto, l'identificazione delle stazioni appaltanti; per le stazioni appaltanti, il rapido ricorso alle procedure di gara; per gli enti di controllo, la verifica del rispetto delle tempistiche previste dalla normativa e il pronto esercizio dei propri poteri sostitutivi in caso di ingiustificato ritardo nell'espletamento delle gare.

Grandi derivazioni d'acqua per uso idroelettrico: nel più breve tempo possibile, l'espletamento delle procedure di gara; la modifica dell'articolo 12 del d.lgs. n. 79/99, nel senso di prevedere il trasferimento a titolo oneroso delle sole opere asciutte e la contestuale devoluzione gratuita delle opere bagnate al demanio statale.

Concessioni portuali e marittime: un chiarimento dei ruoli e delle competenze dei vari attori del settore; il recepimento da parte delle AdSP delle indicazioni fornite dai regolatori, definendo chiaramente *ex ante* criteri equi e non discriminatori di accesso e utilizzo delle infrastrutture e attivandosi per lo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica, indipendentemente dalle istanze dei soggetti interessati.

Concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative: l'adozione in tempi brevi di una nuova normativa che preveda l'immediata selezione dei concessionari in base a principi di concorrenza, imparzialità, trasparenza e pubblicità e che garantisca all'amministrazione competente un utilizzo efficiente delle risorse demaniali e un'adeguata remunerazione del bene, tale da consentire il trasferimento di una parte maggiore della rendita alla collettività.

Posteggio per commercio su aree pubbliche: la verifica della adeguatezza ed effettiva proporzionalità delle concessioni rispetto agli investimenti effettuati e alla natura del posteggio interessato; l'eliminazione dei criteri di anzianità, tali da attribuire all'operatore uscente un vantaggio concorrenziale non replicabile dai concorrenti.

Poste – Servizio Postale Universale: il ricorso a procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio, tenendo debitamente conto, nella definizione del perimetro della concessione, delle caratteristiche specifiche della domanda e dell'offerta di mercato.

Radiotelevisione: una più puntuale definizione degli obblighi di servizio pubblico, attribuiti ad un'unica rete interamente finanziata dal canone.

Frequenze della banda 700 MHz per i servizi di telecomunicazione mobile (5G) e rinnovo dei diritti d'uso: la necessità del rapido rilascio delle frequenze in banda 700MHz a seguito dell'esperimento delle procedure di gara, senza il ricorso a proroghe ingiustificate nel rinnovo dei diritti d'uso ed evitando che la richiesta di un indennizzo al concessionario subentrante possa ostacolare l'accesso al mercato.

La presente segnalazione sarà pubblicata sul Bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/90.

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo